Wesen des dem nondum conceptus gewährten Rechtsschutzes

unter

besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts.

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät

der

Kaiser Wilhelms-Universität Strassburg

zur

Erlangung der Doktorwürde

vorgelegt von

JAKOB BACH

Referendar in STRASSBURG i. Els.

R. UNIV. BIBLIOTHEEK LEIDEN

STRASSBURG i. E.
Els.-Lothr. Druckerei u. Lithogr.-Anstalt G. m. b. H., Dreizehnergraben 45
1918.

Gedruckt mit Genehmigung der juristischen Fakultät der Universität Straßburg i. E.

Referent: Prof. Dr. Erich Jung.

Dem Andenken meines verstorbenen Vaters.

Gliederung.

Methode.

A. Einleitung:

Beginn der Rechtsfähigkeit des Menschen.

B. Ausführung:

I. Fälle des Rechtsschutzes
  1. im Obligationsrecht,
  2. im Erbrecht,
  3. im Familienrecht.

II. Das Wesen des dem nondum conceptus gewährten Rechtsschutzes in der Literatur und Rechtsprechung.
  1. Annahme von Rechten und zwar
    a) Annahme einer juristischen Person beim nondum conceptus so vor allem vom Reichsgericht[1]);
    b) Annahme von subjektlosen Rechten.
  2. Andere, weniger vertretene Annahmen.

III. Lösungsversuch durch Annahme von Anwartschaften.
  1. Was ist Rechtssubjekt und wer ist Rechtssubjekt?
  2. Begriff der Anwartschaft.

C. Schluss:

Eintragung einer Hypothek für die noch nicht erzeugte Descendenz.

---

[1]) E. R. G. Bd. 61, S. 355 ff. u. Bd. 65, S. 277 ff.

Methode.

Aufgabe dieser Abhandlung soll es sein, die Frage nach dem Wesen des dem nondum conceptus in verschiedenen Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches gewährten Rechtsschutzes zu lösen. Während der nasciturus in der Literatur überaus reichlich bedacht worden ist, haben sich bisher nur wenige und auch diese nur in spärlichen Sätzen über die rechtliche Stellung des nondum conceptus ausgelassen und zwar wohl gerade deshalb, weil die Frage beim nondum conceptus weniger akut gewesen zu sein scheint. Erst seitdem das Reichsgericht im Jahre 1905 und 1907 in die Lage versetzt wurde, ein Urteil über die Hypothekenerwerbsfähigkeit des noch nicht Erzeugten, vielmehr der noch nicht erzeugten Deszendenz fällen zu müssen, und sich für diese Fähigkeit entschieden hat mit der Begründung, daß dem nondum conceptus auch sonst, wenigstens beschränkte Rechtsfähigkeit zugebilligt sei, hat der Fall die Aufmerksamkeit der Wissenschaft in höherem Maße auf das erwähnte Problem gelenkt.

Um die Frage nach dem Wesen des dem nondum conceptus gewährten Rechtsschutzes mit Aussicht auf Erfolg beantworten zu können, um entscheiden zu können, ob es sich in erster Linie um Rechte handelt oder nicht, ist es von Wichtigkeit, falls man sich nicht gerade für subjektlose Rechte entscheiden will, zu wissen, ob der nondum conceptus überhaupt Rechtssubjekt sein kann; dazu aber wird es nötig sein, vorerst festzustellen, erstens «was

Rechtssubjekt ist», «was Subjekt sein bedeutet» und zweitens «was Rechtssubjekt sein kann».

Durch den Satz, daß das Wesentliche beim Recht durchaus nicht ein «Subjekt», ein «Träger» oder ein «Genießer» ist, sondern der «Zweck», dem das Recht dienen soll, kommen wir zu dem Ergebnis, daß «Subjekt sein» lediglich heißt «in Beziehung stehen». Demgemäß lautet die Antwort auf die Frage «was Rechtssubjekt sein kann»: Alles, was in rechtlicher Beziehung stehen kann. Und wer tatsächlich in rechtlicher Beziehung steht, das bestimmt der Gesetzgeber sich anpassend den Forderungen der Zeit, der höheren oder niederen Kulturentwicklung, dem größeren oder geringeren Schutzbedürfnis eines, womöglich nur in der Vorstellung existierenden Wesens z. B. des nondum conceptus.

Da jedoch § 1 sagt, daß zu einem Rechte d. h. zu einem fertigen Rechte, einem Vollrechte nur der Mensch (bzw. die juristische Person) und zwar von der Vollendung seiner Geburt ab in Beziehung stehen kann, so kann es sich bei den Schutzbestimmungen des nondum conceptus nicht um ein Vollrecht, um ein Recht im Sinne des Gesetzes handeln, sondern um ein noch nicht vollendetes, ein werdendes Recht d. i. eine Anwartschaft.

Und in der Tat haben wir es nach Ansicht einer Reihe bedeutender Juristen bei dem dem nondum conceptus gewährten Rechtsschutz mit einer Anwartschaft zu tun.

A. Einleitung.

Beginn der Rechtsfähigkeit des Menschen.

Der Fundamentalsatz des Bürgerlichen Gesetzbuches lautet: «Die Rechtsfähigkeit des Menschen beginnt mit der Vollendung der Geburt.» Und zwar ist jeder Mensch rechtsfähig, unabhängig von Religion, Stand, Staatsangehörigkeit, Alter, Geschlecht usw., eine Beschränkung wie sie früher für die Sklaverei galt oder durch den sogenannten «Bürgerlichen Tod», kennt das moderne Gesetz nicht mehr. Auch kann man sich der Rechtsfähigkeit nicht entziehen z. B. durch Eintritt in ein Kloster. Landesrechtliche Erwerbsbeschränkungen durch Schenkungen und von Todes wegen für Mitglieder von Orden und sonstigen religiösen Genossenschaften haben mit der Rechtsfähigkeit an sich nichts zu tun. Ebenso kennt das Bürgerliche Gesetzbuch keine monstra, die im römischen Recht eine große Rolle spielten und denen die Rechtsfähigkeit abgesprochen wurde.

Einer Regelung bedurfte es jedenfalls im Gesetzbuche, von welchem Momente ab der Mensch Inhaber der Rechtsfähigkeit sein solle, und diese Regelung ist erfolgt im § 1 duch die Bestimmung, daß die Rechtsfähigeit beginnt mit V o l l e n d u n g der Geburt. Daß der Mensch rechtsfähig sei, wird als selbstverständlich angenommen, es gilt nur den Beginn dieser Fähigkeit festzustellen. Notwendig war diese genaue Festsetzung, weil die Geburt keinen Augenblick, sondern einen Vorgang darstellt.

Wann nun die Geburt als vollendet galt, ist von jeher ein großer Streitpunkt gewesen und mußte schließlich von

der Wissenschaft entschieden werden. Nach dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich (Dr. Gebhard, Berlin 1881, Allgm. Teil, S. 65) wollte man die Geburt in dem Augenblicke als erfolgt annehmen, in welchem die ersten, für den Geburtshelfer oder die Hebamme erkennbaren Anzeichen der Geburtstätigkeit eintreten. Dieser Moment dürfte wohl als zu früh angenommen sein. Der größte Teil der Schriftsteller, so Standinger (Kommentar zum BGB., Anm. 7 zu § 1), vertritt denn auch den Standpunkt, daß eine Geburt dann als vollendet anzusehen ist, wenn der nasciturus vollständig aus dem Mutterleibe ausgeschieden ist, ohne daß ein Durchschneiden der Nabelschnur erforderlich ist [2]). Diese Annahme gilt heute als die maßgebende und ist auch meines Erachtens die richtige; denn nach dem Austritt aus dem Mutterleibe führt das Kind tatsächlich ein selbständiges Leben, zu dessen Führung die Nabelschnur ganz und gar überflüssig ist. Ob das Durchschneiden der Nabelschnur allerdings gesundheitsschädliche, ja sogar tödliche Wirkungen ausüben könnte, hat mit der Tatsache, daß das Kind vorher bereits ein selbständiges eigenes Leben führt, absolut nichts zu tun.

Es dürfte von Interesse sein, an dieser Stelle kurz zu erwähnen, in welchem Momente das römische Recht, das gemeine Recht und die verschiedenen Landesrechte die Rechtsfähigkeit des Menschen beginnen ließen oder an welche Vorbedingungen sie den Erwerb der Rechtsfähigkeit des Menschen knüpften.

Das römische Recht stellte vier Erfordernisse zur Anerkennung der Rechtsfähigkeit des Kindes auf [3]):

1. Das Kind mußte vom Mutterleibe getrennt sein, es mußte außerhalb der Mutter leben.

---

[2]) Anderer Ansicht sind: Dernburg, Bürgerl. Recht, Bd. 1: Die allgemeine Lehre, S. 124; Cosack, BGB. I, § 17 u. a.

[3]) v. Savigny: «System des heutigen römischen Rechts, I., S. 6 ff.

2. Es mußte vollständig von der Mutter getrennt sein: perfecte natus ad arbem totus processit (l. 3 C. 6, 29).
3. Nur der vivus natus (a. a. O.) zum Unterschied vom abortus oder dem vor oder in der Geburt gestorbenen.
4. Das geborene durfte nicht sein: ad nullum clinaus monstrum vel prodigium (l. 3 cit.), es mußte menschliche Gestalt haben. Wo bei Mißgeburten die Grenze zwischen Mensch und monstrum zu ziehen war, das überließ man dem Einzelfalle.

Im gemeinen Recht wird außer diesen Erfordernissen noch Vitalität verlangt. Doch ist dies eine Streitfrage, allerdings eine der heftigsten und interessantesten des ganzen gemeinen Rechts. Schon im römischen Recht spielte sie eine Rolle insofern, als ein nicht «lebensfähiges» Kind nicht mitgerechnet werden konnte beim ius liberorum, das der Mutter gemäß S. C. Tertullianum ein gesetzliches Erbrecht am Vermögen ihrer Kinder verlieh.

Nach der lex Allamanorum genügte ein Leben von solcher Dauer, daß das Kind die Augen aufschlagen und den Giebel des Hauses und die vier Wände sehen konnte.

Die lex Wisigothorum verlangte «Lebensdauer von zehn Tagen und die Gnade der heiligen Taufe».

Der Sachsenspiegel forderte «Beschreien der vier Wände».

Im Schwabenspiegel heißt es in Artikel 38: «und hat si des geziuge zwene man oder zwe frowen, die ir arbeit gesehen hant und daz kind lebendig gesehen hant», daß das Kind also lebendig gesehen worden sei, im Art. 324 aber: «daz ez die ougen uf getut unde sieht die vier Wende dez huses», daß das Kind die Augen aufschlage, und die vier Wände des Hauses sehe (ähnlich wie die lex Allamannarum).

Nach bayrischem Landrecht ist der Beginn der Rechtsfähigkeit des Menschen abhängig:

1. von der Geburt,
2. von dem Leben nach der Geburt,
3. von menschlicher Gestalt: ausgeschlossen sind «Mißgeburten, die mehr viehisches als meschliches Wesen an sich haben und keine genügsamen Merkmale von menschlicher Natur blicken lassen».

Außerdem wird noch eine gesetzliche Vermutung, daß das Kind gelebt habe, aufgestellt, wenn die Geburt vollkommen, von einer gesunden Mutter und zur rechten Zeit geschehen ist.

§ 13: «daß ein Kind lebendig zur Welt gekommen sei, ist in dieser Beziehung schon für ausgemittelt anzunehmen, wenn unverdächtige, bei der Geburt gegenwärtig gewesene Zeugen die Stimme desselben deutlich vernommen haben.»

§ 17: «Geburten ohne menschliche Form und Bildung haben auf Familien- und bürgerliche Rechte keinen Anspruch.»

§ 18: «Insofern aber dergleichen Mißgeburten leben, müssen sie nach § 11 ernährt und soviel als möglich erhalten werden.»

Im altgermanischen Rechte begann die Rechtsfähigkeit erst mit der Namengebung und Wasserweihe.

Im code civil ist Voraussetzung für den Beginn der Rechtsfähigkeit: Geburt, Leben nach der Geburt, Lebensfähigkeit.

Für uns jedenfalls ist maßgebend die klare und deutliche Bestimmung des BGB., daß die Rechtsfähigkeit des Menschen erst beginnt mit dem Augenblicke der Vollendung der Geburt, daß also im vorausgehenden Entwickelungsstadium, als nasciturus, und erst recht vor der Conception, wo der Mensch nur in der Vorstellung existiert, als nondum conceptus, von Rechtsfähigkeit keine Rede sein kann.

Nichtsdestoweniger findet sich im Bürgerlichen Gesetzbuche eine Reihe von Bestimmungen, die den Menschen

schon vor seiner Geburt und zwar nicht etwa als Embryo, sondern bereits vor seiner Erzeugung berücksichtigen, Bestimmungen, die wir auf den ersten Blick als Rechte anzusprechen versucht sind und, wie wir später ausführen werden, auch von einer Reihe namhafter Juristen, ja sogar vom Reichsgerichte als Rechte angesprochen werden.

Die einzelnen Bestimmungen sollen hier folgen.

B. Ausführung.

I. Fälle des Rechtsschutzes.

1. Im Obligationenrecht.

Weder das römische Recht noch das allgemeine Landrecht hat den nondum conceptus irgendwie als rechtsfähiges Subjekt berücksichtigt. Auch im Entwurf zum Bürgerlichen Gesetzbuch ist keine allgemeine Bestimmung über ihn zu finden. Hölder hat das Fehlen einer solchen für eine Lücke gehalten, findet sich jedoch mit diesem Übel als dem kleineren gegenüber der Gefahr einer zu weitgehenden Fassung ab. Und wahrscheinlich ist auch die Tatsache, daß eine sich eventuell bemerkbar machende Lücke in der gesetzlichen Regelung jederzeit ohne Schwierigkeiten ausgefüllt werden kann, schon für den Entwurf das Entscheidende gewesen, von einer Regelung der rechtlichen Stellung des Ungeborenen, speziell des nondum conceptus, in allgemeiner Form abzusehen und sich mit Spezialbestimmungen zu begnügen.

Aus dem gleichen Grunde suchen wir auch im allgemeinen Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches vergebens nach irgendwelchen Vorschriften, die den nondum conceptus betreffen. Man hat die Erreichung des Zieles, nämlich den Schutz des Unerzeugten, durch Einzelbestimmungen an den einschlägigen Gesetzesstellen vorgezogen.

Im folgenden sollen die einzelnen Fälle besprochen werden.

Der § 331 des Bürgerlichen Gesetzbuches handelt vom Versprechen der Leistung an einen Dritten. Der Absatz 2

dieses Paragraphen lautet: «Stirbt der Versprechensempfänger vor der Geburt des Dritten, so kann das Versprechen, an den Dritten zu leisten, nur dann noch aufgehoben oder geändert werden, wenn die Befugnis dazu vorbehalten worden ist.»

Diese Bestimmung ist nicht etwa nur für den bereits Erzeugten, den nasciturus, getroffen wie z. B. der § 1923, Abs. 2, sondern in demselben Maße für den nondum conceptus; selbst die Beschränkung des § 2162 Abs. 2 beim Vermächtnis ist hier fallen gelassen.

Im gleichen Sinne äußert sich das Kammergericht [4]), ebenso das Reichsgericht [5]).

«Nach § 331 BGB. können Vereinbarungen unter Lebenden auch zugunsten eines noch nicht Erzeugten zweifellos geschlossen werden. Denn wenn der Abs. 2 dieser Gesetzesstelle davon spricht, daß der Versprechensempfänger vor der Geburt des Dritten stirbt, so ist dies allgemein und nicht etwa so zu verstehen, daß der Dritte stets zur Zeit der Vereinbarung wenigstens schon erzeugt, im Mutterleibe empfangen gewesen sein muß.»

Auch Bagel [6]) schließt sich dieser Ansicht an: «daß diese Bestimmung (§ 331) ganz allgemein gilt und nicht etwa auf den Fall beschränkt ist, daß zur Zeit des Todes des Versprechensempfängers der Dritte, an den die Leistung geschehen soll, bereits koncipiert war, versteht sich von selbst».

In gleicher Weise lassen sich andere bedeutende Juristen in ihren Kommentaren vernehmen, so Plank [7]): «Gleichgültig ist, ob der Dritte beim Tode des Gegners schon erzeugt ist oder nicht. Zum Schutze des Dritten

---

[4]) KGJ., Bd. 89 A., S. 157.

[5]) RGE., Bd. 65, S. 280.

[6]) «Zur rechtlichen Stellung der noch nicht erzeugten Descendenz», Gruchot, Bd. 52, S. 197.

[7]) Plank, Bd. II, 4. Aufl., S. 426.

ist nötigenfalls ein Pfleger nach § 1912 oder 1913 zu bestellen.»

Oertmann[8]): «Daß der Dritte schon in utero vorhanden sei beim Tode des Promissars, wird mangels besonderer Bestimmung nicht erfordert werden können; selbst die für Vermächtnisse an eine persona nondum concepta statuierte Zeitgrenze fehlt hier.»

Staudinger[9]): «Eine Vereinbarung gemäß § 331 Abs. 1 kann auch zugunsten eines noch nicht Erzeugten getroffen werden. Selbstverständlich gilt auch in diesem Falle die Vorschrift des Abs. 2.»

2. Im Erbrecht.

Das Schwergewicht der Frage nach dem Wesen des dem nondum conceptus gewährten Rechtsschutzes liegt im Erbrecht. Das Gesetz hat durch die Möglichkeit, den nondum conceptus sowohl als Nacherben wie auch als Vermächtnisnehmer einzusetzen, in weitgehendem Maße für die Descendenz Vorsorge getroffen.

Vor Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuches herrschte Streit, ob nach geltendem Rechte die Einsetzung des nondum conceptus als Erbe möglich gewesen sei. Sowohl Leopold Paulsen (Bern 1896) in seiner Abhandlung «Über die Erbfähigkeit der zur Zeit des Todes des Erblassers noch nicht empfangenen Nachkommen» als Ollmann (Greifswald 1896) «Über die Erbfähigkeit einer beim Tode des Erblassers noch nicht koncipierten Person» kommen zu dem Schlusse, daß diese Frage in bejahendem Sinne zu entscheiden sei. Das OAG. München (Senff., Bd. 8, S. 63) und das OAG. Berlin (Senff., Bd. 25, Nr. 246) haben

[8]) Oertmann, «Recht der Schuldverhältnisse», S. 78, Anm. 2.

[9]) Staudinger, Bd. II, 7./8. Auflage; Hellwig, «Verträge auf Leistung an Dritte», § 34, S. 217; Ehrenberg: Iherings Jahrbuch, Bd. 41, S. 392.

sich auf den gleichen Standpunkt gestellt, aber wohl eher deshalb, weil sie einem gegenwärtig vorhandenen Bedürfnis abhelfen wollten als deshalb, weil dies die Ansicht des römischen Rechts gewesen wäre. Rechtsgelehrte wie Brinz, Mühlenbruch, Vougerow, Windscheid u. a. sind anderer Meinung.

In Frankreich ist die Frage durch Art. 725 Nr. 1 Code civil zu ungunsten des zur Zeit des Todes noch nicht empfangenen Posthumus entschieden: «Um Erbe zu sein, muß man notwendig in dem Augenblick der Eröffnung der Erbschaft existieren. Nicht erbfähig sind demnach: 1. derjenige, der noch nicht empfangen ist.»

In Italien wurde die Frage von jeher zugunsten des noch nicht Empfangenen entschieden. Die italienische Doktrin und Praxis geht von der Ansicht aus, daß nach rein römischem Recht die Einsetzung nichtig sei; dagegen habe die Auffassung unter der Herrschaft des recipierten römischen Rechts, des «ius receptum» sich für die Gültigkeit einer solchen Erbeinsetzung ausgesprochen.

Zum Vermächtnisnehmer konnte der nondum conceptus nach überwiegend geltendem Rechte eingesetzt werden. Das Allgemeine Landrecht I, 12 § 530 bestimmte z. B.: «Hat der Erblasser den Kindern eines Dritten einen gewissen Genuß bestimmt, der ganz oder zum Teil erst in künftigen Zeiten fällig wird, so nehmen auch die nachgeborenen Kinder daran teil.»

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat die Frage eindeutig entschieden: Nach § 1923 kann der nondum conceptus niemals nächster Erbe werden. Aus Billigkeitsgründen hat man die Möglichkeit der Zuwendung an den nondum conceptus auf dem Wege des Vermächtnisses erweitert, ferner hat § 2101 bestimmt, daß der noch nicht Empfangene zwar nicht als Erbe, wohl aber als Nacherbe eingseetzt werden kann. Er ist selbst dann Nacherbe, wenn er als Erbe eingesetzt worden ist; nach § 2084 ist nämlich bei der Möglichkeit verschiedener Auslegungen im Zweifel diejenige

vorzuziehen, bei der die Verfügung Erfolg haben kann.

Entspricht es jedoch nicht dem Willen des Erblassers (§ 2101 Abs. 2), daß der Eingesetzte Nacherbe werden soll, so ist die Einsetzung unwirksam.

Für den Fall, daß der Erblasser einen nondum conceptus zum Erben eingesetzt, dabei aber an die Möglichkeit, daß diese Erbeseinsetzung unwirksam sein könnte, gar nicht gedacht hat, erklärt sich Strohal [10]) gegen die Unwirksamkeit dieser Verfügung gemäß § 2084, weil aus dem Inhalt desselben nicht erhellt, daß der Eingesetzte nach dem Willen des Erblassers keinesfalls — also auch nicht in eventu — Nacherbe werden solle.

Anders beurteilt diesen Fall Stammler [11]). Seine Ausführungen gelangen zu dem Ergebnis, daß eine Anordnung, laut deren der Erblasser zunächst eine Erbeinsetzung und nicht die Einsetzung eines Nacherben verfügt und bei der er an die Möglichkeit, daß sie als Erbeinsetzung nicht wirksam sein könne, gar nicht gedacht hat, nach § 2101 als unwirksam behandelt werden müsse. Diese Ansicht hat jedoch nach meinem Dafürhalten keine Berechtigung, ich schließe mich eher der Meinung Strohals an.

Gemäß § 2109 Abs. 1 verliert die Einsetzung eines Nacherben nach 30 Jahren ihre Gültigkeit. Diese Einschränkung, die wie bereits oben angedeutet, bei Verträgen zugunsten dritter Ungeborener nicht besteht (§ 331) und die der billigen Erwägung entsprungen ist, daß das Vermögen wenn möglich nicht allzulange brach liegen soll, würde jedoch bei ihrer starren Durchführung in nicht seltenen Fällen zu unbefriedigenden Ergebnissen geführt haben. Das Gesetz gestattet daher unter Umständen auch die Überschreitung der 30jährigen Frist und zwar:

---

[10]) Strohal, Deutsches Erbrecht I, S. 165.

[11]) Stammler, Recht der Schuldverhältnisse, S. 79 ff.

1. wenn die Nacherbfolge für den Fall angeordnet ist, daß in der Person des Vorerben oder des Nacherben ein bestimmtes Ereignis eintritt und derjenige, in dessen Person das Ereignis eintreten soll, zur Zeit des Erbfalles lebt.
2. Wenn dem Vorerben oder einem Nacherben für den Fall, daß ihm ein Bruder oder eine Schwester geboren wird, der Bruder oder die Schwester als Nacherbe bestimmt ist.

Eine weitere Bestimmung für den nondum conceptus enthält § 2106: Ist die Einsetzung einer noch nicht erzeugten Person als Erbe nach § 2101 Abs. 1 als Nacherbeneinsetzung anzusehen, so fällt die Erbschaft dem Nacherben mit dessen Geburt an. Es tritt also keine Zurückdatierung des Erbanfalls ein wie beim nasciturus und zwar mit Recht, da die Bestimmung des Zeitpunktes der Conception, d. i. des Zeitpunktes, auf den die Rückdatierung zu erfolgen hätte, ein zu schwieriges, wenigstens nicht mit allzu großer Genauigkeit zu lösendes Rechenexempel darstellt. Beim nasciturus (§ 1923 Abs. 2) entfallen diese Schwierigkeiten.

Wenn dagegen der Nacherbe bei Ablauf der dreißigjährigen Frist bereits als nasciturus im Mutterleibe existiert, genügt dies wiederum zur Wahrung der im § 2109 gesetzten Frist, denn hier ist wieder ein fester Zeitpunkt vorhanden, auf den die Zurückbeziehung zu erfolgen hat, nämlich der Ablaufstermin der 30jährigen Frist.

Besondere Schwierigkeiten ergeben sich im folgenden Falle: Ein Erblasser hat testamentarisch bestimmt, daß seine jetzt noch unverheiratete Tochter seine Erbin sein soll, im Falle ihrer Verheiratung aber deren Kinder bei ihrer Geburt sein Vermögen erben sollen.

Zunächst ist hier die Tochter als Vorerbin und deren Kinder als Nacherben anzusehen. Verheiratet sich nun die Tochter und wird X. geboren, dann rückt dieser mit seiner Geburt in die Nacherbenstellung ein. Die Mutter

hört auf, Vorerbin zu sein und X. bekommt allein die Erbschaft. Bis hierher ergeben sich keine Schwierigkeiten. Diese entstehen erst dann, wenn im Laufe der Zeit mehrere Kinder geboren werden. Bagel [12]) unterscheidet hier zwei Möglichkeiten: Man kann entweder jeden einzelnen der Abkömmlinge, soweit sein endgültiger Erbteil in Betracht kommt, sofort nach seiner Geburt als endgültigen Nacherben und nur im übrigen als Vorerben behandeln wollen. Die Lösung des Falles stößt auf eine große Schwierigkeit und zwar die, die beiden Erbquoten, bezüglich dessen der X. Vorerbe bzw. Nacherbe ist, zu bestimmen, da ja gar nicht feststeht, ob und wie viele Kinder noch folgen können.

Deshalb empfiehlt es sich, und das wäre die andere Möglichkeit, die sämtlichen jeweils vorhandenen Kinder bezüglich der ganzen Erbschaft als Vorerben gegenüber den evtl. noch zu erwartenden Kindern zu behandeln. Die Nutzungen der Erbschaft stünden natürlich den Lebenden in vollem Umfange zu.

Die letzte Lösung hat jedoch den Nachteil, daß die Enkel des Erblassers bei einem langen Leben der Mutter unter Umständen sehr spät in den völligen Genuß des Nachlasses kommen, nämlich erst dann, wenn feststeht, daß keine Kinder mehr zu erwarten sind.

Wenn dieser Nachteil auch insofern etwas ausgeglichen wird, daß für den beschränkten Anfall nicht etwa die absolute Unmöglichkeit der Geburt weiterer Kinder abgewartet zu werden braucht, sondern der Zeitpunkt, von dem ab nach menschlichem Ermessen Kinder nicht mehr zu erwarten sind, so befriedigt auch diese Lösung nicht vollkommen. Man wird sich eben damit begnügen müssen, im einzelnen Falle der vollkommenen Lösung, vielmehr dem mutmaßlichen Willen des Erblassers möglichst nahe zu kommen.

Ob eine Teilung des Nachlasses verlangt werden kann, solange noch Kinder geboren werden können, ist zum min-

[12]) Gruchot, Beiträge, Bd. 52, S. 209.

desten fraglich. Bagel verneint dies mit Berufung auf § 2043 Abs. 1, der von der zu «erwartenden» Geburt eines Miterben spricht. Von einer solchen kann man jedoch wohl da nicht sprechen, wo die bloße Möglichkeit einer Geburt vorhanden ist. Und wenn wir die Schwierigkeiten, die durch die Geburt von Kindern nach erfolgter Teilung entstehen, vergleichen mit dem Nachteil, der sich nicht vermeiden läßt, wenn der Nachlaß ungeteilt bleibt, solange noch Kinder geboren werden können, so müssen wir uns wohl dafür entscheiden, daß keine Teilung eintritt und annehmen, daß eine solche auch nicht in der Absicht des Erblassers lag.

Der Bestand der Descendenz kann jedoch auch eine Minderung erfahren z. B. durch den Tod eines Kindes. Stirbt eines von den Mitgliedern der Descendenz, z. B. X., mit Hinterlassung von Nachkommen, so treten diese an seine Stelle, ohne Zweifel.

Stirbt X. jedoch kinderlos, so nimmt Bagel an, daß der Erblasser für den Fall, daß einer seiner Enkel den Zeitpunkt nicht erlebt, in dem der Kreis der Bedachten geschlossen ist, eine weitere Nacherbfolge in der Art bestimmt hat, daß die vorhandenen Abkömmlinge sich gegenseitig substituiert sind. Er zieht nun hieraus die Folgerung, daß der Anteil eines vor diesem Zeitpunkt kinderlos Verstorbenen nicht an seine gesetzlichen Erben, sondern an die überlebenden Geschwister fällt. Zugegeben, daß der Erblasser dies gewollt haben kann, es ohne weiteres anzunehmen, dürfte doch wohl eine zu willkürliche Interpretation des mutmaßlichen Willens des Erblassers sein.

Bagel erreicht durch seine Auslegung, daß der Wegfall eines Nachkommen, bevor der Kreis der Bedachten geschlossen ist, für die Einheit der vorhandenen Abkömmlinge bedeutungslos ist. Dies erinnert sehr an die juristische Person und stimmt mit einer anderen Äußerung von ihm überein, daß die künftige Descendenz eine Gemeinschaft zur gesamten Hand sei, die in ihrer Konstruktion

der juristischen Person sehr nahe komme. Die vorhandenen Abkömmlinge bilden zwar eine Einheit in gewissem Sinne wie jede Erbengemeinschaft, jedoch derart, daß jeder der Abkömmlinge einen Anteil hat, der bereits zu seinem Vermögen gehört und nach den gesetzlichen Regeln vererblich ist.

Die gesetzliche Erbfolge tritt auch dann ein, wenn der Verstorbene der einzig vorhandene Abkömmling war.

Analog dem Falle der Nacherbfolge hat das Gesetz den Fall der Einsetzung einer noch nicht erzeugten Descendenz als Vermächtnisnehmerin behandelt.

§ 2162 bestimmt, daß eine Vermächtniszuwendung nach 30jähriger Frist unwirksam werden soll; zur Aufrechterhaltung der Gültigkeit genügt es hier ebenfalls, daß der Bedachte bei deren Ablauf bereits erzeugt ist. § 2163 macht dieselben Ausnahmen von der 30jährigen Frist wie § 2109 bei der Nacherbfolge. Der Anfall und damit die Forderungsentstehung erfolgt mit der Geburt des nondum conceptus, nicht schon mit dessen Erzeugung.

Auch die oben besprochenen Schwierigkeiten, wenn z. B. der Kreis der bedachten Vermächtnisnehmer noch nicht geschlossen ist, sich vermehrt oder vermindert, sind hier vorhanden und analog zu lösen.

3. Im Familienrecht.

«Ist unbekannt oder ungewiß, wer bei einer Angelegenheit der Beteiligte ist, so kann dem Beteiligten für diese Angelegenheit, soweit eine Fürsorge erforderlich ist, ein Pfleger bestellt werden. Insbesondere kann einem Nacherben, der noch nicht erzeugt ist oder dessen Persönlichkeit erst durch ein künftiges Ereignis bestimmt wird, für die Zeit bis zum Eintritt der Nacherbfolge ein Pfleger bestellt werden.» (§ 1913 BGB.) Die Bestellung des Pflegers ist nur eine Folge des dem nondum conceptus gewährten

Rechtsschutzes, denn wenn ihm Befugnisse gegeben werden, dann müssen auch Mittel und Wege zu Gebote stehen, die Befugnisse durchzusetzen. Zur Begründung des § 1913 führen die Motive (Bd. 4, S. 1264) an, daß eine solche Vorschrift nicht entbehrlich war, da eine dem § 90 preuß. V. O. entsprechende, die Fälle des § 1913 berücksichtigende allgemeine Pflegschaftsklausel nicht mehr existiere.

Im allgemeinen Landrecht (§ 49 II, 18) war für die im § 1913 enthaltenen Fälle Vorsorge getroffen: «Wenn Fälle vorkommen, wo man noch nicht weiß, wer es sei, der bei einer Sache oder bei einem Geschäfte ein Interesse habe, so muß auch den unbekannten Interessenten ein Kurator bestellt werden.» Dieser Paragraph wurde dann durch § 90 preuß. V. O. vom 5. 7. 1875 ersetzt, auf Grund dessen das Kammergericht ständig die Bestellung eines Pflegers für zur Zeit noch nicht existierende Interessenten als zulässig erachtete, insbesondere bei letztwilligen Zuwendungen an zukünftige Descendenten.

In diesem Sinne hat § 1913 des Bürgerlichen Gesetzbuches die Nachlaßpflegschaft auch ausgedehnt auf den noch nicht erzeugten Nacherben und Vermächtnisnehmer.

Der Pfleger hat in allen denjenigen Fällen, in denen die Interessen des nondum conceptus rechtlich anerkannt und geschützt sind, diese wahrzunehmen, aber auch nur in diesen Fällen. Es soll hier noch darauf hingewiesen werden, daß der Pfleger nicht als Träger der der Descendenz zufallenden Rechtsgüter in Betracht kommen kann. Dies ergibt sich schon aus dem stets möglichen Wechsel in der Person des Pflegers. Die Pflegschaft ist daher in erster Linie nur eine Vigilanzpflegschaft und wird nur ausnahmsweise, nämlich dann, wenn zur Sicherung der Descendenz positive Rechtsgüter erworben sind, zu einer Art von Verwaltungspflegschaft (Bagel, S. 224, ebenso Henschel, DJZ. 1902, S. 576).

Wie weit die Kompetenz des dem nondum conceptus bestellten Pflegers geht, ist eine Streitfrage. Im Wesent-

lichen ist man sich in der Rechtsprechung darüber einig, daß es nicht in der Macht des Pflegers liegt, durch selbständige Verträge, z. B. Kauf für einen nondum conceptus Rechte zu begründen; ob jedoch eine Hypothekenbestellung in den Wirkungskreis des Pflegers hineinfällt, darüber sind die Ansichten wieder geteilt. Das Reichsgericht, worauf wir später noch zurückkommen werden, steht auf bejahendem Standpunkte.

II. Das Wesen des dem nondum conceptus gewährten Rechtsschutzes in der Literatur und Rechtsprechung.

1. Annahme von Rechten:

a) Annahme einer juristischen Person beim nondum conceptus so vor allem vom Reichsgericht.

Die Frage nach dem Wesen des dem nondum conceptus gewährten Rechtsschutzes hat die Trennung der Wissenschaft, soweit sie sich überhaupt mit diesem Thema beschäftigt hat, im Wesentlichen in zwei Lager veranlaßt, deren Gegensatz in der Annahme oder Nichtannahme von «Rechten» gipfelt.

Wir befassen uns zunächst mit der ersten Gruppe und unter diesen in erster Linie mit denjenigen, die als Rechtssubjekt zu den «Rechten» dem nondum conceptus juristische Persönlichkeit beilegen.

Unter den Juristen gibt es nur wenige, die auf dem Boden der genannten Theorie stehen, vielleicht ist Kohler[13]) der einzige. «Das Bürgerliche Gesetzbuch kennt einige stillschweigende oder richtiger gesagt, konstruktive juristische Personen, d. h. solche, die nicht besonders begründet werden, sondern von selber durch die Entwicklung der Verhältnisse entstehen, und zwar darum, weil die Ausführung der Gedanken der Rechtsordnung nur durch Vermittlung einer juristischen Person erfolgen kann, sodaß die

[13]) Kohler, Lehrbuch des bürgerl. Rechts, Bd. I, S. 354 ff.

juristische Person ein notwendiges Hilfsmittel ist zur Erreichung rechtlicher Ziele.» Es wird sich zeigen, daß die «Ausführung der Gedanken der Rechtsordnung» möglich ist, ohne daß man zu dem Hilfsmittel der juristischen Person zu greifen braucht.

Eine solche «stillschweigende» juristische Person ist nach Kohler auch der nondum conceptus. Er führt den Fall der Nacherbeneinsetzung und des Vermächtnisses an. «Hier ist eine auflösende Bedingung gegeben zugunsten von Personen (Nacherben, Nachvermächtnisnehmer), die vielleicht erst nach Jahren zu erwarten stehen, eine auflösende Bedingung, die auch durch Eintragung ins Grundbuch zu bekunden ist. Es handelt sich also nicht nur um Schutz von bereits gezeugten Ungeborenen, sondern um Schutz solcher, die überhaupt erst in künftiger Zeit in die Welt der Erscheinungen treten. Auch dieser Schutz kann nur in der Art bewirkt werden, daß einstweilen für sie eine juristische Persönlichkeit konstruiert wird, die in der Weise handelt, daß das, was sie tut, die künftigen Nacherben bindet.»

Kohler gibt diesen seinen juristischen Personen nur in dem Umfange Rechtsfähigkeit, als dies zum Zwecke der konstruktiven Verwendung nötig ist, er nimmt also mit anderen Worten partielle oder beschränkte stillschweigende juristische Persönlichkeit an.

Diese stillschweigenden juristischen Personen Kohlers haben mit Recht in der Jurisprudenz keinen Anklang gefunden, so v. Tuhr [14]). Andere juristische Personen außer Verein und Stiftung kennt nach ihm das Bürgerliche Gesetzbuch nicht.

Auch meines Erachtens kann der nondum conceptus nicht als juristische Person angesprochen werden. Ein so weitreichendes Institut wie das der juristischen Person wollte der Gesetzgeber unmöglich dem Urteil des einzelnen

---

[14]) v. Tuhr, Allgem. Teil des bürgerl. Rechts, Bd. I, S. 454.

überlassen. Hätte er außer dem Verein und der Stiftung andere juristische Personen gewollt, dann ist anzunehmen, daß dies im Gesetz besonders zum Ausdruck gebracht worden wäre. Die Unhaltbarkeit der Kohler'schen Annahme ergibt sich auch aus den notwendigerweise zu machenden Einschränkungen. Die juristische Person im Sinne unseres Rechtes ist, abgesehen von der familienrechtlichen Seite, die ihrem Wesen fremd ist, in der Rechtsfähigkeit der natürlichen Person, dem Menschen, gleichgestellt und in demselben Umfange Trägerin von Rechten und Pflichten wie der Mensch, hat Erb- und Vermögensrechte, ja sogar Persönlichkeitsrechte. Da all diese Rechte dem nondum conceptus ohne Zweifel nicht zustehen, kann er auch nicht juristische Person im Sinne unseres Gesetzes sein. Kohlers konstruktive juristische Personen führen insgesamt ein sehr problematisches Dasein.

Auch die Judikatur hat sich mit dem Problem der Rechtsfähigkeit des nondum conceptus befassen müssen und das Reichsgericht hat merkwürdigerweise in zwei neueren Entscheidungen den Standpunkt vertreten, daß dem nondum conceptus juristische Persönlichkeit beizulegen sei. Die beiden Entscheidungen seien hier kurz inhaltlich angeführt, da sie uns schon mehrfach beschäftigt haben und uns auch noch öfters im Laufe der Abhandlung begegnen werden.

«Kann für noch nicht erzeugte Nachkommenschaft Hypothek eingetragen, für sie im Zwangsversteigerungsverfahren angemeldet und der Widerspruchsprozes geführt werden? [15])

Das Reichsgericht kommt zu einem bejahenden Urteil mit folgender Begründung: Die Eintragung einer Hypothek für die jetzige oder künftige Nachkommenschaft einer bestimmten Person ist nach jetzigem Rechte zweifellos gültig. Der Satz 2 des § 1913 und des § 2101 des Bürger-

[15]) RGE., Bd. 65, S. 277 ff.

lichen Gesetzbuches setzen die Zulassung der Einsetzung noch nicht erzeugter Nacherben als selbstverständlich voraus. Im § 2162 Abs. 2 daselbst werden für den Fall, daß der im Testament Bedachte zur Zeit des Erbfalles noch nicht erzeugt ist, Bestimmungen getroffen, die ihm wenigstens auf 30 Jahre das Vermächtnis sichern, und der § 2178 BGB. gibt Vorschriften über die Zeit, in der einem noch nicht erzeugten Vermächtnisnehmer das Vermächtnis anfällt. Ist aber hiernach einer noch nicht erzeugten Nachkommenschaft erbrechtliche Erwerbsfähigkeit zugestanden, so müssen ihr auch auf anderen Gebieten des bürgerlichen Rechts ähnliche, sonst nur der wirklichen natürlichen oder juristischen Persönlichkeit zustehende Rechte eingeräumt werden.»

Da es sich beim nondum conceptus um eine natürliche Person nicht handeln kann, so will das Reichsgericht ihn jedenfalls in die Rolle der juristischen einreihen.

Ähnlich liegt der Fall, der dem Reichsgericht im Jahre 1907 zur Entscheidung vorlag [16])

«Kann für eine noch nicht erzeugte Nachkommenschaft, der Zuwendungen gemacht worden sind, eine Hypothek eingetragen oder auf sie eine abgetretene Hypothek überschrieben werden?»

Auch in diesem Falle wird die Frage vom Reichsgericht in bejahendem Sinne gelöst und zwar unter Annahme einer juristischen Person mit folgender Begründung:

«Es ist von jeher selbstverständlich gewesen und im Bürgerlichen Gesetzbuche ausdrücklich ausgesprochen, daß an sich und in Wirklichkeit nur der zur Welt geborene Mensch rechtsfähig ist. Nur für ihn und seine Mitmenschen ist die ganze Rechtsordnung geschaffen; diese hat zunächst keinen Grund, leblosen und nicht menschlichen

[16]) RGE., Bd. 65, S. 277 ff.

Wesen die gleichberechtigte Teilnahme an ihren Einrichtungen zu gestatten. Ebenso gewiß ist aber, daß die Gesetzgebungen von jeher, gerade um die Rechtsordnung für die Menschen, als einzige und alleinige Rechtsträger, besser und zweckmäßiger auszugestalten, bloßen Gedankengebilden beim Rechnen mit Rechtsgebilden gleiche oder ähnliche, wenn auch nur in der Vorstellung (fingierte) Rechtsfähigkeit zugestehen mußten wie den Menschen selbst. Es sei hier nur auf die öffentlich-rechtlichen und bürgerlich-rechtlichen Gemeinschaften, die Stiftungen, die Lehens- und Fideikommißanwärter, die ruhende Erbschaft der früheren Rechte hingewiesen. Was insbesondere die rechtliche Behandlung der noch nicht erzeugten (nondum concepti) Nachkommen anbelangt, so war deren Rechts-, namentlich Erbfähigkeit im gemeinen Rechte zwar sowie nach französischem Rechte und nach dem sächsischen bürgerlichen Gesetzbuche verneint oder doch bestritten, aber z. B. im preußischen und bayrischen Rechte überwiegend anerkannt.

Das Bürgerliche Gesetzbuch konnte sich der Entscheidung über diese Fragen selbstverständlich nicht entziehen. Es mußten gleich den älteren Rechten eine (fingierte) Rechtsfähigkeit der sog. juristischen Personen ausdrücklich anerkennen (§ 89), ebenso die eingetragenen Vereine (§ 21) und die Stiftungen (§ 80), konnte auch dem nicht entgegentreten, daß handels- und geordnete wirtschaftliche Gesellschaften, wenn auch nicht geradezu als durchaus rechtsfähig, als juristische Persönlichkeiten erklärt, doch als solche in allen nicht familienrechtlichen und dergleichen Rechtsbeziehungen auch fernerhin behandelt werden. Ebenso wie in diesem letzterwähnten Falle ist es auch in anderen Fällen denkbar, daß das Bürgerliche Gesetzbuch, ohne es ganz ausdrücklich zu erklären, bloß in der Vorstellung, noch nicht in Wirklichkeit bestehenden Wesen eine gewisse Rechtsfähigkeit zugestanden hat, und daß dies zugunsten der noch nicht Erzeugten geschehen ist, kann nicht bezweifelt werden.»

Es würde sich also hier zweifellos wie bei Kohler um stillschweigende partielle juristische Personen handeln müssen.

Unter den neueren Juristen, die obiger Auffassung des Reichsgerichts widersprechen, sei Staudinger [17]) genannt, der mit folgenden Worten gerade die angeführten Entscheidungen im Auge hat: «Auch hier muß die «fingierte Rechtspersönlichkeit», welche weder eine Erklärung noch eine Grundlage für die durch praktisches Bedürfnis postulierte Entscheidung bietet, abgelehnt werden.»

Ich glaube dem Standpunkt des Reichsgerichts bereits durch die Ablehnung der Kohler'schen Annahme genügend entgegengetreten zu sein.

Trotz allem ist nicht zu leugnen, daß das Reichsgericht in den angeführten Entscheidungen wieder einmal die technische Gewandtheit bewiesen hat, mit der es unter Berücksichtigung der Bedürfnisse des praktischen Lebens die schwierigsten Rechtsprobleme zu lösen weiß.

b) Annahme von subjektlosen Rechten.

Die zweite Gruppe von Juristen, die beim nondum conceptus Rechte annimmt, entscheidet sich, da ein Subjekt nicht vorhanden sein soll, für subjektlose Rechte.

Die Literatur ist in diesem Punkte betreffend Möglichkeit subjektloser Rechte überhaupt, ganz abgesehen von dem Problem des nondum conceptus, sehr geteilter Ansicht. Für die Existenz subjektloser Rechte ist vor allem Windscheid eingetreten, ferner Bekker, Begelsberger u. a. Ebenso bedeutende Theoretiker haben sich dagegen ausgesprochen, so Ihering, Zitelmann, Gierke, Dernburg u. a.

Unter denen, die sich in obiger Hinsicht zum nondum conceptus geäußert haben, seien einige angeführt.

Cosack [18]) sagt: «Ausnahmsweise kann es geschehen, daß ein subjektives Recht eines Inhabers mangelt: es gibt

---

[17]) Staudinger, Bürgerl. Recht, Bd. I, S. 52.

[18]) Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. I, S. 64.

herrenlose Rechte, die in niemandes Namen ausgeübt werden. Wenn z. B. jemand eine noch ungeborene und vielleicht noch nicht einmal gezeugte Person als Nacherben beruft, so tritt das Recht dieses Nacherben sofort mit dem Tode des Erblassers in Kraft und ist solange herrenlos, bis der Nacherbe geboren wird. Freilich ist es bis zur Geburt des Nacherben nur ein bedingtes Recht. Allein auch die bedingten Rechte sind wirkliche Rechte und können schon vor Eintritt der Bedingung praktisch betätigt werden.

Seckel [19]) spricht sowohl beim nasciturus als beim nondum conceptus von der Subjektlosigkeit der diesen gewährten «Rechte»: «Die der Bindung des Vorerben entsprechenden Rechte können subjektlos sein, im Falle der Nacherbe noch nicht koncipiert oder geboren ist.»

Staudinger [20]) entscheidet sich für subjektlosen bedingten Rechtserwerb.

Crome [21]) sucht den Schwierigkeiten des obigen Problems dadurch aus dem Wege zu gehen, daß er Rechte annimmt, die ihnen (dem nasciturus und nondum conceptus) vorbehalten werden können; nur scheinbar fehle hier ein Rechtssubjekt. Die Rechte seien allerdings nicht an einen einzelnen Menschen als ihren Träger geknüpft, aber ein Rechtssubjekt sei vorhanden, wenn auch nur ein künftiges und erwartetes. Er bezeichnet die Annahme subjektloser Rechte als einen «inneren Widerspruch», zu dem man durch eine nicht genügend geklärte Vorstellung gewisser Erscheinungen gekommen sei, bei denen ein Subjekt des Rechts zu fehlen scheine, so vor allem da, wo ein Kreis von Rechten nicht an Menschen als ihren Träger, sondern an Organisationen geknüpft sei, die man dann als fingierte (juristische) Personen den natürlichen gegenüberstelle. Aus dieser Fik-

---

[19]) Seckel, «Die Gestaltungsrechte des Bürgerlichen Rechts.» In der Festgabe für Dr. Koch, 1913.

[20]) Staudinger, Kommentar zum BGB., Bd. I, S. 52.

[21]) Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts.

tion habe man gefolgert, die der juristischen Person zugeschriebenen Rechte seien in Wirklichkeit subjektlos.

Crome widerlegt allerdings hier die Möglichkeit der Annahme subjektloser Rechte mit dem Hinweis, daß Rechtssubjekt, Rechtsträger absolut nicht identisch sei mit dem Menschen. Trotzdem nimmt er aber meines Erachtens für die Zeit, wonach ihm nur ein künftiges und erwartetes Rechtssubjekt vorhanden ist, solche subjektlosen Rechte an.

Auch Matthiass (Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, § 18) und Hachenburg (Vorträge, S. 322 ff.) schließen sich den obigen Rechtslehrern an.

Als Gegner der angeführten Lehre möge noch Biermann [22]) angeführt werden, der sich folgendermaßen vernehmen läßt: «Mag man das subjektive Recht definieren wie man will, immer wird man die Möglichkeit subjektloser Rechte leugnen müssen. Faßt man es als eine rechtliche Macht auf, so setzt man damit einen Rechtsträger voraus, denn eine Macht, die niemandem zusteht, ist undenkbar. Da wo gemeinhin oder von einzelnen subjektlose Rechte angenommen werden, sind entweder Rechtssubjekte vorhanden — so ist es bei den juristischen Personen — oder es sind überhaupt keine Rechte oder noch keine Rechte vorhanden, so verhält es sich z. B. mit den sogenannten Rechten des Embryos und noch nicht einmal Erzeugter. Das was hier vorliegt, sind rechtliche Bedingungen, Auferlegung rechtlicher Pflichten. Die Rechtsordnung erschöpft sich eben durchaus nicht in der Verleihung subjektiver Rechte. Fälle, in denen das Gesetz nur Rechtspflichten auferlegt, ohne zugleich subjektive Rechte zu gewähren, sind auch sonst keineswegs selten.»

v. Tuhr [23]) kennt zwar Unbestimmtheit und Unbekanntheit, speziell Bestrittenheit des Subjekts, Subjektlosigkeit eines Rechtes jedoch lehnt er ab. Es gibt «eine Gebundenheit des Objekts» oder die Tatsache, daß der «ob-

[22]) Biermann, Bürgerliches Recht, S. 97.

[23]) v. Tuhr, «Allgemeiner Teil des Bürgerl. Rechts», Bd. I, S. 76.

jektive Rechtsbestand» erhalten bleibt, was einem subjektlosen Rechte sehr ähnlich kommt, in Wirklichkeit es aber nicht ist.

Es mag zugegeben werden, daß die Versuchung, das Vorhandensein subjektloser Rechte anzunehmen, sehr groß ist, wenn man an die römisch-rechtliche hereditas iacens denkt. Dort erwarb der Erbe die ihm deferierte Erbschaft erst mit der Annahme, bis dahin war sie subjektlos, konnte also ursprünglich von jedem okkupiert werden. Um dies zu verhindern, um die hierdurch entstehende Lücke auszufüllen, entstand die Lehre von der hereditas iacens. Es darf jedoch nicht vergessen werden, daß dieser Fall im Bürgerlichen Gesetzbuche beseitigt worden ist; sofort mit dem Tode des Erblassers treten an seine Stelle dessen Erben, mögen sie auch der Person und Zahl nach unbekannt sein, mögen sie alle die Erbschaft ausschlagen.

Zum Schluß möchte ich noch als Gegner der Theorie der subjektlosen Rechte Ihering [24]) anführen. Den Satz, daß Rechte und Verbindlichkeiten nicht ohne Subjekt existieren können, hält er für eine der unbestreitbarsten und selbstverständlichsten Wahrheiten. Er hält die Behauptung eines subjektlosen Rechts für eine contradictio in adiecto, genau so als wenn jemand ein Messer ohne Klinge nicht bloß Messer n e n n e n, sondern für ein Messer a u s g e b e n, d. h. die Behauptung aufstellen wollte, die Klinge sei für das Messer unwesentlich.

Ich glaube mich der Ansicht Iherings anschließen zu müssen, insofern als ein Recht stets auch ein Subjekt haben muß, vorausgesetzt, daß man unter Subjekt nicht lediglich einen «Träger», «Inhaber» oder «Genießer» versteht.

2. Andere, weniger vertretene Annahmen.

Einige andere über das Wesen des dem nondum conceptus gewährten Rechtsschutzes geäußerten Ansichten

[24]) Ihering, «Passive Wirkungen der Rechte.» Iherings Jahrbuch, Bd. 10, S. 390 ff.

können nicht als Theorien bezeichnet werden, es sind lediglich Annahmen, die in der Literatur zudem ziemlich vereinzelt dastehen. Einige davon seien hier wiedergegeben.

Hölder [25]) äußert sich folgendermaßen: «Positive Rechtsverhältnisse können um eines noch nicht existierenden Menschen willen deshalb bestehen, weil das Bedürfnis besteht, die tatsächliche Realisierung der für den Fall seiner Existenz ihm zukommenden rechtlichen Stellung schon jetzt sicherzustellen. Dieses Bedürfnis kann nicht nur um bestimmter, bereits koncipierter, sondern um beliebiger, möglicherweise in Zukunft existierender Menschen willen bestehen, und die demselben dienenden Rechtsverhältnisse sind nicht Rechtsverhältnisse jener Menschen, so daß ihre Existenz zwar auf rechtlicher Berücksichtigung zukünftiger Menschen, aber nicht auf deren rechtlicher Behandlung als bereits existierender beruht.» Leider spricht Hölder jedoch nicht darüber — was wesentlich gewesen wäre —, in welcher Art er sich die Rechtsverhältnisse als bestehend denkt, ob als Rechte, als Anwartschaften oder sonstwie.

Endemann [26]) nimmt bereits vor der Geburt eine tatsächlich bestehende rechtliche Gebundenheit, also auch eine solche des mit einem Vermächtnis Beschwerten an, ohne daß jedoch bereits ein Forderungsberechtigter vorhanden wäre. «Recht und Anspruch entstehen erst mit der Geburt, die Grundlage hierfür bietet die gesetzlich bestätigte Gebundenheit des ..... Verpflichteten.»

Einer Pflicht oder einer Verpflichtung, die Endemann als bestehend anerkennt, muß meines Erachtens jedoch auch stets ein Recht, eine Berechtigung entsprechen.

Obiger Ansicht tritt auch Rudolf Stammler [27]) entgegen. Nach ihm ist in denjenigen Fällen, in denen das Recht einen nondum conceptus berücksichtigt, noch gar

---

[25]) Hölder, Kommentar zum BGB., Bd. I, S. 72.
[26]) Endemann, Lehrbuch des bürgerl. Rechts, Bd. I, S. 108.
[27]) Stammler, «Unbestimmtheit des Rechtssubjekts», S. 34.

kein Rechtsverhältnis gegeben, auch nicht ein bedingtes, «es liegt einstweilen nur die juristische Tatsache der Willenserklärung des Vermächtnisgebers vor. Diese ruft für sich allein überhaupt noch keine Rechtsfolge hervor, sondern vermag dies erst in Verbindung mit weiteren späteren Tatsachen. Es liegt also zur Zeit noch keine neue rechtliche Beziehung vor, die zugunsten eines gar nicht bestehenden Subjektes eingetreten wäre, sondern eine solche wird erst künftighin für eine dann bestimmte Person entstehen.

Auch diese Annahmen können nicht voll befriedigen und es soll auf anderem Wege der Versuch einer befriedigenden Lösung gemacht werden, die sich mit der Ansicht einer Reihe namhafter Rechtslehrer deckt.

III. Lösungsversuch durch Annahme von Anwartschaften.

1. Was ist Rechtssubjekt und wer ist Rechtssubjekt?

Zur Lösung des Problems wird es in erster Linie von Nutzen sein festzustellen, ob der nondum conceptus überhaupt Rechtssubjekt sein kann; denn ein Rechtssubjekt brauchen wir, ob wir uns für die Annahme von Rechten oder Anwartschaften entscheiden. Um diese Frage nach der Rechssubjektsfähigkeit des noch nicht Erzeugten d. i. die Frage, wer Rechtssubjekt sein kann, mit Aussicht auf Erfolg in Angriff nehmen zu können, werden wir logischerweise in erster Linie festzustellen versuchen, was Rechtssubjekt ist, was es bedeutet «Rechtssubjekt sein».

Die Literatur hat bisher stets den grundlegenden Fehler gemacht, diese beiden Fragen ständig miteinander zu verwechseln, sie als eine Frage zu behandeln. Überall wo man das Wesen des Rechtssubjektes feststellen wollte, spricht man von «Inhaber, Träger, Genießer» usw. und erweckt dadurch den Fundamentalirrtum, als sei Voraus-

setzung ein physisches Wesen, und so wird es denn auch überall gelehrt.

So sagt Biermann (Bürgerliches Recht, § 32): «Das subjektive Recht verlangt für eine rechtliche Macht einen Träger dieser Macht, einen Machthaber» usw.

Regelsberger (Pandakten, S. 77): «Träger des Rechtes, der Berechtigte.»

Kohler (Encykl. der Rechtswissenschaft, Seite 569): «Rechtssubjekt ist natürlich vor allem der einzelne Mensch.»

Endemann (Lehrbuch des Bürgerl. Rechts, S. 108): «Träger der von der Ordnung des Bürgerlichen Rechtes anerkannten Rechtsbeziehungen.»

Cosack (Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, § 16 II): «Jeder, der fähig ist, Inhaber eines Rechtes zu sein, heißt rechtsfähig. Die Rechtsfähigkeit besteht in der Fähigkeit, Rechte zu haben.»

Gustav Schwarz bringt uns in seiner Abhandlung: «Rechtssubjekt und Rechtszweck», im Archiv für bürgerliches Recht 1910, die Lösung. Er knüpft an Hölders Ausführungen an in dessen Buche «Juristische und natürliche Personen». Nach Hölder können nur handlungsfähige Menschen Rechte ausüben und über Rechte verfügen, und zwar können sie die Handlungsmacht ausüben entweder zum Zwecke der Förderung eigener Lebensbedürfnisse oder der Bedürfnisse eines anderen. Und demgemäß unterscheidet er «Privatrecht» und «Amtsrecht», ersteres als die demjenigen Menschen zugeteilte rechtliche Macht, dem auch der Rechtsvorteil zukommen soll, letzteres als diejenige Macht, die z. B. der Vormund für seinen Bevormundeten ausübt, bei dem also der Rechtsvorteil einem anderen zukommen soll als dem Machtinhaber.

Im zweiten Falle ist derjenige, dem der Rechtsvorteil zukommen soll, keineswegs stets ein Mensch, da es Stiftungen und Vereine ohne menschliche Destinatäre gibt. Das Recht soll hier irgendeinem Z w e c k e dienen; nicht einem persönlichen Wesen, sondern irgendeinem Zwecke soll der

Rechtsvorteil zugute kommen, und selbst in dem Falle, wenn der Rechtsvorteil dem Machtinhaber selbst zugute kommen soll, dient in Wirklichkeit das Recht nur einem Zwecke, nämlich der Förderung des Lebens des Machtinhabers. Wenn es demgemäß auch Rechte geben kann, ohne solche Zwecksubjekte, so kann das Vorhandensein eines solchen Zwecksubjektes nichts Wesentliches beim Rechte sein, und allein der Zweck ist als bei jedem Rechte notwendig vorhanden selbst dann das Wesentliche, wenn im Einzelfalle ein Rechtssubjekt vorhanden ist. Eine subjektive Beziehung eines Rechtes zu einem Verfüger ist nicht notwendig vorhanden, wohl aber eine objektive Bestimmung, eine Beziehung zu einem Zwecke, den das Recht fördern soll.

Auch Windscheid (Pandekten, § 49) war zu dieser Erkenntnis gekommen. «Es ist eine Tatsache, daß Rechte vorkommen, die an einen Menschen als ihr Subjekt nicht geknüpft sind. Die zunächst liegende Auffassung ist hier, daß ein Rechtssubjekt eben nicht vorhanden ist; die Rechte haben kein Subjekt, sondern eine Bestimmung oder genauer gesagt: während es die regelmäßige Bestimmung der Rechte ist, denjenigen Interessen zu dienen, welche sich in der Person eines Menschen vereinigen, ist es hier ihre Bestimmung, einem unpersönlichen Zweck zu dienen usw.» Anstatt nun zu dem logischen Schlusse zu kommen, daß demgemäß beim Rechte nicht das Subjekt, sondern die Zweckbestimmung das Wesentliche ist, schwenkt er davon ab mit dem an Sentimentalität grenzenden Satze: «Dieser Auffassung widerstrebt aber ein natürliches, auf dem tiefen Zuge zur Persönlichkeit, der durch die Menschennatur hindurchgeht, beruhendes Gefühl. Dasselbe sucht auch hier für die Rechte ein t r a g e n d e s Subjekt und findet dasselbe in einer künstlich, durch Gedankenoperationen geschaffenen, vorgestellten Person.»

Es ist das Verdienst von Schwarz und Binder, dieses «widerstrebende, auf dem tiefen Zuge zur Persönlichkeit beruhende Gefühl» überwunden und erkannt zu haben, daß

an die Stelle des Rechtssubjektes der Rechtszweck zu treten hat und dies nicht allein als Verlegenheitsmittel dort, wo man mit der Lehre vom Rechtssubjekt als einem «Wesen, Träger» usw. nicht vorwärts kann (so bei den juristischen Personen), sondern auch bei den natürlichen Personen.

Bei Binder (Das Problem der juristischen Persönlichkeit, S. 48 ff.) heißt es, daß die Rechtsordnung es nie und nirgends mit Dingen — die menschlichen Wesen mit eingerechnet — zu tun habe, sondern nur mit Relationen. Dinge als solche interessieren das Recht nicht; und alles, was rechtlich von Bedeutung ist, besteht in der Beziehung von Menschen zum Menschen oder zu den Rechtsobjekten. Jedes Rechtsverhältnis sei eine Relation, da aber mit dem Begriff des Rechtsverhältnisses der des Rechtssubjektes ohne weiteres gegeben sei, müsse das Rechtssubjekt selbst wieder eine Relation sein.

Dementsprechend lautet die Antwort Binders auf die Frage: «Was heißt Rechtssubjekt sein?» Rechtssubjekt sein heißt in der durch die Rechtsordnung gegebenen Beziehung stehen, die wir subjektives Recht nennen.»

Schwarz gibt zu, daß die Ansicht Binders, das Wort «Rechtssubjekt» bezeichne nicht ein Ding, sondern ein Verhältnis, seiner Auffassung in diesem Punkte sehr nahe komme, trotzdem unterscheide sie sich wesentlich.

Fragen wir uns einmal darnach, welchen Sinn wir mit den Worten verbinden: Ich bin «Träger» eines Rechtes, bin «Berechtigter», mir «steht ein Recht zu», ein Recht ist «mein» Recht, so findet man, daß alle diese Redewendungen die Tatsache nur bildlich umschreiben, daß ein Recht meinen Interessen zu dienen bestimmt ist. Sprechen wir also in gewohnter Weise davon, daß jemand Subjekt eines Rechtes ist, so meinen wir damit das Zweckverhältnis eines Rechtes zu einem Interessenten, nicht letzteren selbst, sondern die Zweckbestimmung des Rechtes, und in dieser Annahme eines abstrakten Verhältnisses» als Rechtssubjekt liegt der Unterschied zu Binder. Der Ausdruck «Subjekt» ist irre-

führend und erscheint nach dem Gesagten gänzlich unbrauchbar oder eventuell nur dann anwendbar, wenn zufällig diese Zweckbestimmung zwischen einem Rechte und einem Menschen besteht. — Was ist aber, wenn dieser Interessent, das Ziel der Zweckbestimmung kein Mensch, sondern eine juristische Person ist (eine Stiftung) oder ein nondum conceptus?

Aus dem Gesagten ergibt sich also: An Stelle des Subjektbegriffes — eines Menschen oder physischen Wesens — hat ein Verhältnisbegriff, die Zweckbeziehung, zu treten. Der Ausdruck «Subjekt sein» ist als veraltet zu verwerfen, oder wenn man ihn aus alter Gewohnheit vorläufig beibehalten will, muß man sich stets bewußt sein, daß man darunter zu verstehen hat: zu einem Rechte in gewissen Beziehungen stehen.

Nach Feststellung dieses obersten Grundsatzes, nämlich daß unter dem Ausdruck «Subjekt» in Wirklichkeit obige Zweckbeziehung zu verstehen ist, ist es ein Leichtes zu bestimmen, w e r Rechtssubjekt sein kann. Während die Frage «was Rechtssubjekt ist», eine allgemein wissenschaftliche, jeder Rechtsordnung angehörende Frage ist, muß es klar erscheinen, daß die Frage «w e r Rechtssubjekt sein kann», was alles nach dieser oder jener Rechtsordnung das Ziel dieser Zweckbestimmung sein kann, der Mensch, die juristische Person, der nasciturus, nondum conceptus, Sache der einzelnen positiven Rechtsordnung sein muß. Und zwar kann dies in jeder Rechtsordnung verschieden sein, je nachdem sie etwas als in solchen Beziehungen zu stehen für fähig anerkennt. Entscheidend hierfür ist der jeweilige Kulturzustand; die Römer schalteten den Sklaven aus, unser jetziges deutsches Recht berücksichtigt nicht allein j e d e n Menschen, sondern auch den erst werdenden, ja sogar den nicht einmal empfangenen Menschen, indem er in das Bürgerliche Gesetzbuch eine Anzahl Bestimmungen zu seinem Schutze aufgenommen hat. «Man hatte den Fehler begangen, den häufigsten Fall der Zweckbezie-

hung, nämlich zwischen Recht und Mensch, allein ins Auge zu fassen und von ihm den Begriff des Rechtssubjekts zu abstrahieren. Man war sich nicht bewußt, daß es sich dabei nur um einen Unterfall handelte.

2. Begriff der Anwartschaft.

Mit unserer Annahme, daß auch der nondum conceptus in rechtlichen Beziehungen stehen kann, kommen wir jedoch in Widerspruch mit § 1 BGB., nach dem der Mensch erst nach Vollendung der Geburt Rechtssubjekt sein d. h. in rechtlicher Beziehung zu Rechten (Vollrechten, fertigen Rechten) stehen kann. Da wir jedoch die «Subjektsfähigkeit» beim noch nicht Erzeugten dargetan haben, da ferner nicht geleugnet werden kann, daß es im BGB. Bestimmungen zugunsten des nondum conceptus gibt, so bleibt uns kein anderer Ausweg als anzunehmen, daß es sich beim Wesen dieser Bestimmungen nicht um Rechte (Vollrechte, vollendete Rechte), sondern etwa um erst in der Entstehung begriffene, werdende Rechte handelt.

Und in der Tat handelt es sich um erst entstehende Rechte, besser gesagt, um Zustände einmal werdender Rechte, um Anwartschaften.

Gregor Semeka hat uns in seiner Abhandlung «Wartrecht»[28]) folgende Definition gegeben: «Wartrecht und Anwartschaft ist eine rechtlich gesicherte Möglichkeit einer zukünftigen Vollrechtsentstehung.» Die beiden Begriffe sind jedoch nicht miteinander zu verwechseln, sie bedeuten nicht dasselbe. Wartrecht und Anwartschaft treffen mit besonderer Schärfe die objektive und subjektive Seite unserer Rechtserscheinungen, indem sie nicht bloß die Rechts-

[28]) Archiv, Bürgerl. Recht, Bd. 35, S. 159.

bildung und seine zeitliche Differenzierung, sondern auch die notwendige Inhaltsverschiedenheit der Wartrechte von den Vollrechten zum Ausdruck bringen.»

Semeka sieht in den Schutzbestimmungen des nondum conceptus subjektlose Anwartschaftsrechte, wohl hauptsächlich aus dem Grunde, weil nach seinem Ermessen der nondum conceptus als bloßes Gedankengebilde nicht Rechtssubjekt sein kann; wir müssen uns um so mehr darüber wundern, als ihm der Wesensunterschied zwischen Vollrecht und Anwartschaft nicht entgangen sein kann, daß man bei der Anwartschtft nicht von «Recht» im Sinne des Gesetzes sprechen kann.

Enneccerus [29]) geht gleichfalls näher auf die Anwartschaft ein. Nach ihm kommen Rechte zur Entstehung, sobald der gesamte Tatbestand vorliegt, an den die Rechtsordnung die Entstehung des Rechtes knüpft. Treten die einzelnen Tatbestandselemente nicht gleichzeitig ein, so brauche vor dem Eintritt des letzten überhaupt keine Rechtswirkung vorzuliegen, so erwachse z. B. aus dem Testamente vor dem Tode des Testators keinerlei Rechtswirkung. Demnach lasse das Recht sehr häufig schon jetzt eine Wirkung entstehen, aus der sich beim Hinzutreten der weiteren Tatbestandselemente die Endwirkung, insbesondere das vollendete subjektive Recht entwickele. Eine Hauptart dieser Rechtsvorstufen nenne man Anwartschaftsrechte oder kurz Anwartschaften.

Im gleichen Sinne äußert sich v. Tuhr [30]): «Der Tatbestand des Erwerbs des Rechtes besteht entweder aus einer Tatsache oder meist aus einem Komplex von Tatsachen, die dann nacheinander eintreten können. Je mehr Tatsachen eintreten, desto mehr nähert sich das erst werdende Recht der vollen Existenz desselben. Solche im Werden begriffene «Rechte» nennt man Anwartschaften,

[29]) Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, S. 189 ff.
[30]) Allgem. Teil des bürgerl. Rechts, S. 180 ff.

besonders dann, wenn nur mehr e i n e Entstehungstatsache fehlt.

Von der Anwartschaft ist zu unterscheiden die bloße tatsächliche Aussicht eines Rechtserwerbs. Je geringer der Grad der Sicherheit der Erwartung ist, um so mehr sinkt die Anwartschaft zur bloßen Aussicht, zur bloßen Erwartung herab, um so mehr geht der rechtliche Charakter verloren. Für die Abgrenzung beider legt v. Tuhr der Vererblichkeit die ausschlaggebende Bedeutung bei. Der zukünftige Erbe hat bereits vor dem Erbfalle eine Aussicht, aber auch nur eine solche, da die bloße Erwartung der Erbschaft jederzeit durch den Willen des Erblassers zunichte gemacht werden kann und man daher von einer rechtlich gesicherten Möglichkeit einer Vollrechtsentstehung d. i. Anwartschaft nicht sprechen kann.[3] Eine Stärkung erhält die rechtliche Lage des zukünftigen Erben bei einem Erbvertrag, da er hier wenigstens durch das Schenkungsverbot gesichert ist. Mit einer wirklichen Anwartschaft aber haben wir es zu tun, wenn der gesamte Tatbestand des Erwerbs eines Rechtes vorhanden ist und zum Übergange der Anwartschaft in ein Recht nur noch die Entstehung eines rechtsfähigen Menschen fehlt.

An einer anderen Stelle (S. 380) sagt v. Tuhr: «Es können für einen nasciturus, ja sogar für einen noch nicht erzeugten Menschen Anwartschaften begründet sein, d. h. es können Tatsachen, die vor der Geburt des Menschen eingetreten sind, eine Rechtslage herbeigeführt haben, aus welcher durch Hinzutreten des noch fehlenden Subjektes ipso iure ein Recht für dasselbe entsteht. Aus diesen Anwartschaften erwachsen erst mit der Geburt des Menschen Rechte.»

In welchen Fällen solche Antwartschaften vorhanden sind, haben wir bereits im ersten Teil unserer Abhandlung gesehen, nämlich überall da, wo das Bürgerliche Gesetzbuch dem nondum conceptus Rechtsschutz angedeihen läßt.

Auf dem gleichen Standpunkte wie v. Tuhr steht Plank [31]). Auch hier — nämlich dort, wo für den Schutz künftiger, noch nicht erzeugter Menschen vom Gesetz unter gewissen Voraussetzungen gesorgt ist — handelt es sich wie beim nasciturus um Anwartschaften.»

Leonhard (Erbrecht, S. 10/11) löst die Frage in einfacher Weise: Jemandem Rechte zuzusprechen, der in Wirklichkeit gar nicht rechtsfähig ist, ist in der Tat undenkbar. Aber beim nondum conceptus handelt es sich ja auch nicht um Rechte, sondern um Anwartschaften, um einen Zustand des werdenden Rechts, und es ist nichts Abnormes, diesen Zustand schon vor den Beginn der Rechtsfähigkeit zu verlegen.

Um noch einmal auf die Annahme von Enneccerus zurückzukommen, der von subjektlosen Anwartschaften spricht, so kann es meines Erachtens ebensowenig subjektlose Anwartschaften wie subjektlose Rechte geben, wie bereits oben dargetan wurde.

Schwarz [32]) sucht den Unterschied zwischen Recht und Anwartschaft seiner ganzen Zwecklehre entsprechend im Zweck und zwar liegt nach ihm die Bestimmung der Rechte im «Verwendungszweck», die der Anwartschaft im «Erhaltungszweck». Sowohl die Anwartschaften des nasciturus als die des nondum conceptus haben diesen Erhaltungszweck in gleicher Weise. Erst mit der Geburt ändern sich die Zwecke, wird die Anwartschaft zum Vollrecht, das dann bestimmt ist, die gegenwärtigen Bedürfnisse des nunmehrigen Menschen zu befriedigen.

Schwarz (S. 61) geht noch weiter, er spricht sogar bei den Beziehungen Ungeborener zu Anwartschaften von Rechten. Nach seiner Ansicht bedarf es zur Existenz eines Rechtes lediglich eines Zweckes, nicht auch eines Wesens,

---

[31]) Bürgerl. Gesetzbuch, Bd. I, S. 10.
[32]) Rechtssubjekt und Rechtszweck, S. 647.

daher könne es auch «Rechte» geben, die lediglich für zukünftige Wesen bestimmt sind. Sie sollen allerdings nicht für diese Wesen verwendet, sondern aufbewahrt werden.

Damit kommt er jedoch in Widerspruch mit § 1 BGB., der als oberster Grundsatz für uns unantastbar bestehen bleiben muß.

Es sei gestattet, zum Schlusse noch kurz auf einen Lösungsversuch einzugehen, den Gustav Adolf Seehuber in seiner Schrift «Das Problem des Embryos im bürgerlichen Rechte» macht und zwar deshalb, weil seine Lösung einer gewissen Ähnlichkeit mit der unsrigen nicht entbehrt. Es handelt sich bei ihm allerdings um den nasciturus; was jedoch über diesen gesagt ist, gilt in gleicher Weise für den nondum conceptus.

Das Wort «Rechtsfähigkeit» des BGB. sei nur ein terminus technicus und bedeute nicht mehr und nicht weniger als die rechtliche Möglichkeit, «in allen denjenigen Beziehungen stehen zu können, die nach dem bürgerlichen Rechte als subjektive Rechte anerkannt sind, sofern nicht besondere Beschränkungen vorgesehen sind.» «Die Rechtsfähigkeit des Menschen beginnt mit der Vollendung der Geburt» heiße demgemäß: ein Mensch, jeder Mensch ist fähig a l l e r privatrechtlichen subjektiven Befugnisse.» Ob ihm freilich auch tatsächlich alle Berechtigungen zustünden, sei eine andere Frage. «Aber prinzipiell und begrifflich», so fährt er fort, «heißt eben der terminus technicus «Rechtsfähigkeit», die Möglichkeit, a l l e r subjektiven Rechte teilhaftig zu werden. Umgekehrt läßt sich sagen: Wer oder was in allen den Beziehungen stehen kann, die subjektive Rechte genannt werden, ist rechtsfähig im Sinne des BGB., überhaupt des bürgerlichen Rechts.

Kennt nun aber das Recht, die Rechtsordnung auch Wesen, die nach positiven Bestimmungen nur in einzelnen solcher Beziehungen stehen können, die man subjektive

Rechte nennt? Gibt es Fälle, in denen nicht etwa die Rechtsfähigkeit durch gewisse Vorschriften eingeengt wird, sondern in denen nur durch einzelne positive Normen Rechte gewährt werden? Die Frage ist entschieden zu bejahen.»

Da aber auf der anderen Seite wiederum unbestreitbar feststeht, daß der Inhalt der Rechtsfähigkeit bedingt oder vielmehr bestimmt sei durch die Möglichkeit, subjektiver Rechte fähig zu sein, d. h.: «Ein Wesen, das subjektive Rechte haben kann, kann nicht schlechthin als rechtsunfähig bezeichnet werden», so bleibt kein anderer Ausweg als «die Möglichkeit, alle subjektiven Rechte haben zu können, als Rechtsfähigkeit im technischen Sinne, im Sinne des bürgerlichen Rechtes, als Rechtsfähigkeit κατ' ἐξοχήν oder besser als Vollrechtsfähigkeit zu bezeichnen, dagegen die Möglichkeit, nur in einzelnen Beziehungen stehen zu können, die man subjektive Rechte nennt, partielle oder beschränkte Rechtsfähigkeit zu nennen.»

Dieser Lösung, die an sich als originell zu bezeichnen ist, würde ich sofort unbedenklich beistimmen, wenn nicht ein Fehler darin enthalten wäre, der das ganze Gebäude zusammenstürzen läßt, nämlich die Bejahung der Frage, ob es nicht auch Fälle gebe, in denen durch einzelne positive Normen Rechte gewährt werden und zwar dem nasciturus bzw. nondum conceptus, da nur diese hier in Betracht kommen. Es handelt sich eben nicht, wie wir dargetan haben, um Rechte, sondern um Anwartschaften (Zustände werdenden Rechtes).

Um das Resultat unserer Abhandlung noch einmal kurz zusammenzufassen: Es handelt sich bei dem dem nondum conceptus gewährten Rechtsschutz nicht um Rechte (fertige Rechte), sondern um Anwartschaften (Zustände werdenden Rechtes) und als mögliches Subjekt dazu haben wir geglaubt, den nondum conceptus annehmen zu dürfen, ausgehend davon, daß es abzulehnen ist, den nondum conceptus unter den Begriff der juristischen Person zu zwängen oder

subjektlose Rechte anzunehmen, daß vielmehr auch dem nondum conceptus, weil «Rechtssubjekt sein» nichts anderes heißt als «in rechtlicher Beziehung stehen», diese Subjektsfähigkeit in bezug auf Anwartschaften zugestanden werden muß.

Die Frage nach dem Wesen des dem nondum conceptus gewährten Rechtsschutzes ist somit dahin gelöst, daß es sich um Anwartschaften, Zustände werdenden Rechtes, handelt.

C. Schluss.

Eintragung einer Hypothek für die noch nicht erzeugte Descendenz.

Kann für eine noch nicht erzeugte Descendenz eine Hypothek eingetragen werden?

Die Ansichten bezüglich dieser Frage sind geteilt. Zwei Entscheidungen, des Kammergerichts und des OLG.-Hamburg vom 6. 7. 1906 (Hans. G. Z., Beiblatt 7, S. 39), lehnen die Möglichkeit ab. Maßgebend für das ablehnende Urteil der Gerichte war § 1 des Bürgerlichen Gesetzbuches. Eine Hypothek könne nicht auf den Namen von etwas nicht Rechtsfähigem eingetragen werden und gemäß § 1115 BGB. müsse ein rechtsfähiger Gläubiger im Grundbuche benannt werden. Daß aber ein überhaupt nicht Existierender oder nur vielleicht zur Existenz gelangender Mensch Rechte haben könne, sei nirgends anerkannt.

Diesen Entscheidungen steht das Reichsgericht gegenüber, das entsprechend einer beschränkten Erwerbsfähigkeit auch die Hypothekenerwerbsfähigkeit angenommen hat. Das Urteil des Reichsgerichts in dieser Frage ist warm zu begrüßen, denn mit der Gewährung einer abstrakten Anwartschaft auf ihr späteres Recht ist der Descendenz nicht geholfen, wenn nicht gleichzeitig ihrem Pfleger Mittel und Wege an die Hand gegeben sind, dieser Anwartschaft durch sichernde Maßnahmen auch einen praktischen Hintergrund zu verleihen. «Die Eintragung einer Hypothek für die jetzige oder künftige Nachkommenschaft einer bestimmten

Person ist nach jetzigem Rechte zweifellos gültig», heißt es in Bd. 61, S. 356, und in der Entscheidung Bd. 65, S. 290 stellt es sich auf den gleichen Standpunkt.

Auch das Kammergericht hat in einer Entscheidung (KGJ., Bd. 29 A, S. 155) eine Eintragung als Folge der Möglichkeit zugegeben, daß noch nicht Erzeugte wenn auch nur in bestimmter Weise schon Rechte erwerben können. Sei eine Festlegung des Rechtes für einen künftig Berechtigten schon vor seiner Geburt nach geltendem Rechte möglich, so stehe nichts im Wege, dieses Recht auch im Grundbuch offenkundig zu machen.

Und in der Tat kann der § 1115, falls man sich für eine Hypothekenerwerbsmöglichkeit entscheidet, bezüglich der Benennung im Grundbuche keine Schwierigkeiten verursachen. Während das Preußische Recht noch eine namentliche Benennung des im Grundbuche Einzutragenden verlangte, ist nach heutigem Rechte nur eine allgemeine Bezeichnung des Gläubigers vorgeschrieben. Nach den Motiven zum BGB. Bd. 3, S. 641 aber ist diesem Erfordernis Genüge geschehen, d. h. der Gläubiger ist hinlänglich bestimmt, wenn das Grundbuch ergibt, daß die Eintragung für die künftigen Abkömmlinge einer dem Namen nach bezeichneten Person erfolgt ist.

Der Praxis des Reichsgerichts ist auch die überwiegende Meinung in der Theorie gefolgt, so Turnau, Koch, Dernburg; zum Teil aber hatte sich die Wissenschaft bereits für eine Eintragungsmöglichkeit entschieden, bevor das Reichsgericht über die Frage zu befinden hatte, so Turnau-Foerster[33]), Biermann, Gierke, Staudinger u. a.

Die Frage der Eintragungsmöglichkeit einer Hypothek für die noch nicht erzeugte Descendenz ist somit im be-

---

[33]) Turnau-Förster, Liegenschaftsrecht, Bd. I, S. 728; Biermann, Sachenrecht, S. 303; Gierke, «Deutsches Privatrecht», Bd. II, S. 878; Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. I, § 1, Note III.

jahenden Sinne durch die oberste Spruchbehörde, das Reichsgericht, gelöst. Seine Aufgabe ist es, auf dem Gebiete des Rechts den Forderungen der Zeit nachzukommen, Lücken, die das Gesetz gelassen hat, auszufüllen. Sache der Wissenschaft aber ist es, zu untersuchen, ob diese Entscheidungen dem Willen des Gesetzgebers entsprechen, zu versuchen, die Rechtsprechung mit dem Gesetz, die Praxis mit der Theorie in Einklang zu bringen.

Literaturverzeichnis.

I. Lehrbücher (Einzelabhandlungen usw.)

Ahlfeld: Nasciturus. Leipzig 1906.

Arndts: Lehrbuch der Pandekten. 11. Auflage.

Bagel: Zur rechtlichen Stellung der noch nicht erzeugten Descendenz, in „Beitäge zur Erläuterung des deutschen Rechts", begründet von J. A. Gruchot. Bd. 52.

Bekker: Zur Lehre vom Rechtssubjekt. Ih. Jahrbuch Bd. 12.

Bernhöft: Zur Lehre von den Fiktionen in „Aus römischem und bürgerlichem Recht", Festschrift für E. J. Bekker. 1907.

Biermann: Bürgerliches Recht.

Binder: Rechtsstellung des Erben. 1905.

— : Problem der juristischen Persönlichkeit. Leipzig 1907.

Böhm: Reichsgrundbuchrecht.

Brinz: Lehrbuch der Pandekten. 1873.

Caldemeyer: Die Rechtsstellung des nasciturus. Rostock 1902.

Cosack: Lehrbuch des deutschen bürgerl. Rechts. 1902.

Crome: System des deutschen bürgerl. Rechts. 1912.

Dernburg: Das bürgerliche Recht. 1910.

— : Preußisches Privatrecht. 1880.

Eck: Verträge über das Recht im bürgerl. Gesetzbuch. 1903.

Endemann: Lehrbuch des bürgerl. Rechts. 9. Auflage.

Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des bürgerl. Rechts. 1909.

— : Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin. 1889.

— : Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuches für das deutsche Reich, herausgegeben von der Kommission zur Ausarbeitung eines bürgerlichen Gesetzbuches. Berlin (Dr. Gebhard) 1881.

— : Entwurf, ausgearbeitet durch die vom Bundesrate berufene Kommission. 1888.

Gierke: Deutsches Privatrecht. Leipzig 1895.

Güthe: Grundbuchordnung. 1911.

Hochenburg: Studien zum Erbrecht: Die Einsetzung eines Nacherben. 1895.
Hellwig: Verträge auf Leistung an Dritte. Leipzig 1899.
Henschel: Die vormundschaftliche Fürsorge für eine Descendenz. D. J. Z. 1902
Herrmann: Die Rechtsstellung des Pflegers einer zum Erben eingesetzten Leibesfrucht und die Rechte der späteren Erben. Leipzig 1910.
Hölder: Kommentar zum allgemeinen Teil des B. G. B. München 1900.
— : Natürliche und juristische Personen.
— : Problem der juristischen Persönlichkeit in Ih. Jahrb. Bd. 53.
Hunnius: Der Beginn der Rechtsfähigkeit des Menschen nach dem B. G. B. und dem bisherigen Rechte unter besonderer Berücksichtigung der Vitalitätsfrage des gemeinen Rechts. Leipzig 1908.
Karlowa: Zur Lehre von den juristischen Personen. Grünhut Bd. 15.
Koch: Allgemeines Landrecht. 1884.
Kohler: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1906.
Leonhard: Erbrecht.
Matthiass: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1900.
Martinius: Eintritt der zur Zeit des Erbfalles noch nicht erzeugten Person in die Stellung als Nacherbe. Archiv für bürgerliches Recht. Bd. 23.
Morenz: Der privatrechtl. Schutz des nasciturus. 1909.
Motive zum Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuches für das Deutsche Reich.
Oertmann: Bürgerliches Gesetzbuch. 1908.
Ollmann: Über die Erbfähigkeit einer beim Tode des Erblassers noch nicht konzipierten Person. Greifswald 1896.
Ortloff: Beginn und Ende der Rechtsfähigkeit. 1896.
Paulsen: Über die Erbfähigkeit der zur Zeit des Erblassers noch nicht empfangenen Nachkommen. Bern 1896.
Plank: Bürgerliches Gesetzbuch. 7./8. Auflage.
Puchta: Pandekten. 12. Auflage.
Regelsberger: Pandekten. 1893.
Reinach: Die Rechfsfähigkeit der Leibesfrucht. 1910.
Rogge: Die Rechtsperson. 1911.
v. Savigny: System des heutigen römischen Rechts
Scherer: Über die Fähigkeit eines zur Zeit des Todes des Erblassers noch nicht konzipierten Posthumus zum Erben eingesetzt zu werden. Ih. Jahrb. Bd. XI.
Schwarz: Rechtssubjekt u. Rechtszweck. Arch. f. bürgerl. Recht. Bd. 35
Seckel: Die Gestaltungsrechte des bürgerl. Rechts. In der Festgabe für Dr. Koch. 1903.
Seehuber: Das Problem des Embryos im bürgerl. Recht. 1911.
Semeka: Das Warterecht. Arch. f. bürgerl. Recht. Bd. 35.

Stammler: Unbestimmtheit des Rechtssubjekts. Giessener Festschrift. S. 435.
Staudinger: Kommentar zum bürgerl. Gesetzbuch.
Strohal: Das deutsche Erbrecht. 1901.
v. Tuhr: Deutsches bürgerliches Recht. Allgem. Teil. 1. Bd. 1910.
Turnau-Förster: Liegenschaftsrecht. 1906.
Vangerow: Lehrbuch der Pandekten.
Wehde: Die rechtl. Stellung des nasciturus und nondum conceptus. 1913.
Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts. 1906.
Worms: Bedenkung einer noch nicht erzeugten Person im Testament. 1905.
Zitelmann: Das Recht des bürgerl. Gesetzbuchs. Allgem. Teil. 1900.

II. Entscheidungen und Zeitschriften.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen = E. R. G.
Jahrbuch der Entscheiduegen des Kammergerichts = K. G. J.
Archiv für bürgerliches Recht = A. C. R.
Archiv für zivilistische Praxis = A. z. Pr.
Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, begründet von J. A. Gruchot = Gruchot-Beiträge.
Deutsche Juristen-Zeitung = D. J. Z.
Grünhuts Zeitschrift für das private und öffentliche Recht der Gegenwart = Grünhut.
Iherungs Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen u. deutschen Privatrechts = Iherings Jahrbücher.
Juristische Wochenschrift = J. W.

Lebenslauf.

Geboren am 4. Februar 1891 zu Weiler (Rheinprovinz) besuchte ich bis 1901 die Elementarschule meines Heimatortes. Im Herbst 1901 trat ich ins Bischöfliche Gymnasium zu Straßburg i. Els. ein und absolvierte dasselbe im Jahre 1910. Nach 7 semestrigem Rechtsstudium an der Universität Straßburg unterzog ich mich kurz vor Ausbruch des Krieges der ersten juristischen Prüfung und wurde nach ununterbrochener vierjähriger Kriegsteilnahme im Felde dem Amtsgericht Straßburg als Referendar überwiesen.

Die mündliche Doktorprüfung bestand ich am 13. November 1918.